

LA INTEGRACIÓN DEL DEBER MÉDICO DE INFORMACIÓN EN LA *LEX ARTIS*: REFERENCIA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

Catedrático (Acr) de Derecho Civil
Universidad de Alicante

I. Nota introductoria

El derecho a ser informado que tiene el paciente, como paso previo a la emisión de su consentimiento al tratamiento médico, constituye uno de los grandes logros del Derecho médico de las últimas décadas. El usuario de los servicios sanitarios no solamente demanda del facultativo unos cuidados conformes según la ciencia, sino que también quiere ser informado de manera completa y clara sobre su estado de salud y la actuación que precisa. Información y consentimiento quedan así íntimamente vinculados: de ahí la denominación de «consentimiento informado» que emplea tanto el legislador como la jurisprudencia.

El fundamento del consentimiento informado está en la idea de autonomía individual del paciente y el estímulo a la toma de decisiones racionales. Se trata de decidir con el paciente y no por él desde la superioridad del criterio médico. La información y el consentimiento informado no son una concesión graciable del médico, sino un auténtico derecho del paciente¹. Una consecuencia de ello es, precisamente, que un número apreciable de sentencias en materia de responsabilidad civil médica versan sobre la falta de información.

En esta nueva situación, vista en un primer momento como una injerencia distorsionadora², los médicos han terminado por ajustar su actuación al cumplimiento

¹ Sobre la emergencia de los derechos de los pacientes, como uno de los signos de la evolución de las últimas décadas en el contexto cultural de la medicina occidental, *vid.* DIAS PEREIRA, A.G.: *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015, pp. 371 y ss.

² El consentimiento informado es, sin duda, ajeno a la tradición médica, que lo ha venido desconociendo a lo largo de su historia, porque esa tradición ha tenido un carácter esencialmente paternalista («todo por el paciente, pero sin el paciente») y en atención a ese tono paternalista resultaba

de los deberes de información y obtención del consentimiento informado, aunque exigiendo en la práctica la firma del consentimiento hasta para las operaciones o tratamientos más sencillos, lo que denota cierta actitud defensiva³. Sin desconocer los problemas de la práctica médica y hospitalaria diaria⁴, es aconsejable que los profesionales realicen todo el esfuerzo que esté en sus manos para informar al paciente, porque si el consentimiento informado se presta correctamente difícilmente van a ser condenados si su actuación se ajustó al estado de la ciencia médica.

que la relación entre el médico y el paciente era de carácter fundamentalmente vertical; se consideraba que la actuación del médico estaba inspirada por el principio de beneficencia según el cual el médico tenía amplias facultades para actuar sin contar con la voluntad del paciente, y ello sobre la base de que como nadie deseaba mantenerse en un estado de ausencia de salud, debía aceptarse cualquier acto que tendiera a conseguir la curación o el alivio de las dolencias; para ello, el médico ponía todo su saber y todo su poder en supuesto beneficio del enfermo no dudando en utilizar cualquier argucia (y aun en ciertos casos empleando, incluso la coacción y el engaño) y actuando, a veces, con la complicidad del enfermo. *Vid.* este planteamiento en GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Valladolid, 2004, pp. 39 y 40.

Sobre la evolución en la comprensión de la medicina desde el modelo hipocrático tradicional hasta el modelo predominante en la actualidad, basado en la afirmación del valor de la autonomía individual y que suele denominarse modelo del consentimiento informado, *vid.* ALEMANY, M.: «El paternalismo médico», en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coords. GASCÓN ABELLÁN, M. / GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. / CANTERO MARTÍNEZ, J., Valencia, 2011, pp. 745 y ss.

³ El principio de autonomía conlleva también sus propios riesgos, siendo el mayor de ellos el que se ha dado en llamar medicina defensiva, mediante la cual el médico, para evitar en la medida de lo posible conflictos de tipo legal, no actúa en pleno y libre ejercicio de su profesión, sino que utiliza exploraciones y criterios científicos, en ocasiones excesivos y que, aun siendo válidos, suponen fundamentalmente un apoyo judicial en vistas a una posible responsabilidad por ejercicio de la práctica clínica, lo que en muchas ocasiones va en detrimento del paciente, del propio profesional y del presupuesto sanitario del país. Al respecto, PALOMARES BAYO, M. / LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Granada, 2002, p. 8.

⁴ Los médicos están sometidos a la influencia de gestores (públicos o privados), que inciden con sus recortes y burocracia en la relación. Se tiene menos tiempo para atender al enfermo (al que muchas veces ni se le explora) y se le recibe con una pantalla de ordenador de por medio. Esto influye en el tiempo de relación, que es mínimo, y lógicamente también en la transmisión de la información.

Esta transformación de la relación médico-paciente⁵ ha tenido puntual reflejo en la legislación española, primero con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y, posteriormente, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶. Este panorama legislativo se ha visto impulsado, en buena medida, por la entrada en vigor del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo) suscrito el 4 de abril de 1997, en cuyos artículos 5 y siguientes se realiza una regulación detallada del consentimiento.

Situados en el ámbito de la ley estatal y básica, esto es, la Ley 41/2002, el consentimiento informado es definido en el art. 3 como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

Conforme al art. 10 de la Ley 41/2002, la información básica que el facultativo debe facilitar al paciente, antes de recabar el consentimiento, debe hacer referencia a los siguientes aspectos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones.

⁵ Es un lugar común señalar cómo el enfermo ha dejado de ser el objeto del tratamiento, sometido al poder omnímodo del médico, a quién competía la toma de decisiones sin contar con la opinión o consentimiento de aquél, con el solo objetivo de procurar su curación. En cambio, hoy se le reconoce la facultad de decisión última, salvo en muy contados supuestos de urgencia, incapacidad o en que puede serle impuesta una cierta actividad terapéutica. Sobre el particular, GUERRERO ZAPLANA, J.: *op.cit.*, p. 42.

⁶ El carácter de «básica» de esta ley deriva del art. 149.1.16 CE, que otorga al Estado competencia exclusiva respecto a las bases y coordinación de la sanidad.

Conviene señalar⁷ que con anterioridad a la Ley 41/2002, el consentimiento ya debía estar presente en todo acto médico de conformidad con los arts. 7.1, 1.258 y 1.261 C.c.

II. El deber de informar como uno de los deberes que integran la *lex artis*

La información sobre los riesgos de la actividad médica constituye un tema de gran actualidad, y destaca, en particular, los casos, ciertamente numerosos en la jurisprudencia, en los que la deficiente (o inexistente) información sobre los riesgos da lugar a responsabilidad civil, al margen de la corrección de la actuación médica desde el punto de vista técnico. Se trata de casos en los que se declara la responsabilidad del médico a consecuencia de la ausencia o invalidez del consentimiento por la omisión de un riesgo que se materializa⁸. La responsabilidad recaerá sobre el médico y también sobre los centros privados, mientras que en el caso de la medicina pública se actuará por la víctima solamente contra la Administración⁹, sin perjuicio de que esta última repita contra el médico en vía de regreso¹⁰.

⁷ Así lo hace GALÁN CORTÉS, J.C.: «Consentimiento informado», en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coords. GASCÓN ABELLÁN, M. / GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. / CANTERO MARTÍNEZ, J., Valencia, 2011, p. 364.

⁸ En cambio, no se genera responsabilidad si la falta de información *per se* resulta intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a la omisión (o la propia intervención médica). Es el caso de la STS (Sala 1ª) de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3072).

⁹ Hay, pues, una doble regulación, con un régimen jurídico distinto. En el caso de la medicina privada, la normativa se encuentra principalmente en el Código civil, arts. 1.101 y ss. para la responsabilidad contractual, y arts. 1.902 y ss. para la responsabilidad extracontractual. En el caso de la medicina pública, la regulación básica de la responsabilidad de las Administraciones Públicas se contiene en la Ley del Sector Público de 2015, concretamente en su Capítulo IV de su Título Preliminar; esta ley deroga así en esta materia a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, aunque existe, como bien señala la doctrina (así, ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, 2015, p. 297), una clara continuidad en los contenidos, manteniéndose inalterados los preceptos más importantes.

¹⁰ La Administración, una vez satisfecha la indemnización (a la que ha sido condenada por los tribunales, o bien por haberla asumido la propia Administración al resolver el procedimiento

El Tribunal Supremo español viene entendiendo que el deber de información es elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica y está incluido dentro de la obligación asumida por el médico. La obligación de informar y la de obtener el consentimiento se configuran como un elemento más del arte médico, por lo que su omisión puede dar lugar a un derecho de indemnización a favor del paciente y ello con independencia de si la actuación sanitaria se realizó o no correctamente.

1. La STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015

La STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015¹¹ constituye uno de los ejemplos más recientes de la línea jurisprudencial que integra el deber de información en la *lex artis*.

Los hechos pueden resumirse del siguiente modo: Doña Teresa presenta demanda contra Don Gustavo (médico) y la compañía aseguradora, solicitando que se dicte condena al pago de 70.000 €, más los intereses legales correspondientes. Alega la demandante que fue intervenida por laparoscopia para reducción de estómago mediante la colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la posibilidad de fracaso de la técnica, ni de sus posibles efectos adversos y con coste de 6.000 €; la operación no tuvo el efecto deseado y volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y tuvo que ser extraída con un coste de 14.000 €.

administrativo previo a la vía judicial), exige de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia graves.

Concretamente, señala el art. 36.2 LSP:

«La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencias graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

¹¹ ROJ STS 3722/2015.

La demandante, en los fundamentos jurídicos, invoca la acción contractual, aunque también cita jurisprudencia sobre los requisitos del art. 1.902 C.c. Entiende que se produjo una defectuosa realización de la cirugía y omisión del deber de información, reclamando del médico y la aseguradora los costes citados (6.000 € y 14.000 €, importes de la primera y segunda operación), más 5.000 € en concepto de *pretium doloris* (dolor físico) y 45.000 € por daño moral.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y condena solidariamente a los dos demandados al pago de 70.000 €, más intereses y costas.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda, con imposición de costas a la parte actora. Argumenta que ha quedado «suficientemente acreditado el incumplimiento del deber de información, pero no que haya sido generador de un daño que haya de ser indemnizado. No ha quedado suficientemente establecida la causa de la obesidad sobrevenida en 2007. La operación no fracasó, pues hasta el tercer año se mantuvo el objetivo perseguido y la actora perdió peso. No se prueban cólicos posteriores, ni tampoco que la causa de la recuperación de peso fuera que la banda quedara finalmente incrustada en el estómago. Se rompe el curso causal. No queda acreditada una defectuosa realización de la cirugía y la omisión del deber de información, suficientemente acreditada, no puede tenerse en cuenta, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, para fijar una indemnización cuando no se acredita un resultado lesivo. La pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce daño y, en este sentido, reiteramos que no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación, en tanto concurren otras posibles causas plausibles (no respetar la dieta, padecer un embarazo y un parto con diabetes gestacional y sufrir una litiasis biliar)».

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso la representación procesal de Doña Teresa recurso por infracción procesal, que alegaba infracción del art. 217 LEC y fue desestimado, y recurso de casación, que sí fue estimado y cuyo único motivo alegaba infracción del art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como del art. 15 CE y del art. 1.902 C.c., y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado.

Conviene señalar que, en el momento en que se produjeron los hechos, estaba vigente el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, conforme al cual el paciente tiene

derecho «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». No es, pues, un caso juzgado con base en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El Tribunal Supremo entiende que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y no de una intervención defectuosa.

A la hora de fundamentar la decisión, empieza el Alto Tribunal recordando que la jurisprudencia de la Sala Primera, de forma reiterada, «ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma».

La falta de información, que el Tribunal Supremo entiende acreditada en el caso de Doña Teresa, «implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma (se refiere al art. 10.5 Ley General de Sanidad) procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de julio de 2002».

Es cierto, y así lo destaca la sentencia, que la falta de información no es por sí misma causa de resarcimiento pecuniario. Ahora bien, en este caso sí se materializa un

riesgo del que no había sido informado Doña Teresa y que dará precisamente derecho a la indemnización: «Es hecho probado de la sentencia que fue necesaria una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a situación de obesidad a pesar de la intervención; extremo este del que no fue informada. Dice lo siguiente: “El perito Sr. Elías (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso”: y que “El documento de ‘consentimiento para intervención quirúrgica’(f. 281), cumplimentado poco antes de la operación, no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo y aunque se refiere que la intervención propuesta es de ‘reducción gástrica’, no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente ‘ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión’, no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar (omitido en los documentos historiados previos), sobre todo si la ‘reconversión’(término de por sí poco claro) estaba situada entre el 40 y el 60% de los casos, por lo que habrá que convenir que la mera manifestación escrita, de puño y letra del propio doctor, de haber informado es insuficiente... El día del juicio, discuten los peritos si en 1997 ya era técnica aplicable la del by-pass u otras técnicas y si aún es o no procedente, en algunos casos, operar hoy introduciendo una banda, pero la cuestión no sería si la actora pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo o no la oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión; no cabe duda que con un tan alto porcentaje de fracaso (entre el 40 y el 60%) la obligación de información adquiriría importancia capital, para que la paciente pudiera decidir, con conocimiento de causa, si quería someterse o no a la intervención; pero lo fundamental es que la falta de información no habría alterado el resultado, que no fue bueno”».

Concluye el Tribunal Supremo que «el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su

salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses». El Tribunal estima, pues, el recurso de casación, con el efecto de mantener en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

2. La STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2015

Constituye una comparación muy útil con la sentencia anterior otra dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo poco tiempo después. Nos referimos a la STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2015¹².

La sentencia pertenece también, de manera inequívoca, a la dirección jurisprudencial que integra el deber de información en la *lex artis*, realizando interesantes observaciones sobre este particular. En contraste con la STS de 8 de septiembre de 2015 antes vista, hemos de poner de manifiesto que la sentencia no condena (constata la existencia de información y de consentimiento) y que aplica la Ley 41/2002.

Los hechos son los siguientes: Don Juan Pedro interpone demanda contra Don Ambrosio, la clínica y la aseguradora, solicitando una indemnización de 115.099,50 €, más intereses legales, en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención endoscópica y la asistencia médica efectuada por los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, de manera íntegra, pero posteriormente es revocada por la Audiencia, fallo que posteriormente confirmaría el Tribunal Supremo, que no da lugar al recurso de infracción procesal y de casación.

Afirma el Tribunal Supremo que «como con reiteración ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se

¹² ROJ STS 4289/2015.

contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad».

«Es un acto – continúa el Tribunal Supremo – que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto».

El Supremo considera que tanto la información como el consentimiento concurren en el presente caso. Señala, por ello, que «es el médico responsable del paciente quien garantiza al paciente el cumplimiento de su derecho de información, según el artículo 4.3 de la Ley 41/2002, es decir, el profesional que procura que este reciba información suficiente acerca del procedimiento médico al que se va a someter o el que debe practicar la actuación en el ámbito de la salud del paciente, y es lo cierto, y lo importante en este caso, que el Sr. Juan Pedro había sido informado y conocía de antemano uno de los riesgos típicos e inherentes a la colonoscopia que finalmente se materializó y lo que tampoco es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una cuestión meramente burocrática en contra de quienes pusieron a disposición de paciente todos los medios adecuados para cumplimentar el acto médico en cuestión, como es el de la información sobre una intervención que ya conocía previamente y que se reiteró con motivo de la segunda colonoscopia de la que derivó el daño».

3. La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016

La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016¹³ presenta interés, no solamente por constatar como infracción de la *lex artis ad hoc* el hecho de no haber facilitado la

¹³ ROJ STS 1427/2016.

adecuada información al paciente a fin de que pudiese valorar someterse o no a la intervención quirúrgica, sino también por la forma en que identifica el daño y procede a su cuantificación.

Los hechos son los siguientes: Don Erasmo formuló demanda de juicio ordinario, por responsabilidad contractual, contra Don Herminio, el Hospital General de Catalunya (respecto del que posteriormente desistió el actor) y la aseguradora. Solicitaba una indemnización de 393.142,67 €, siendo en primera instancia estimada parcialmente la demanda y condenados Don Herminio y la aseguradora al pago de 60.101,21€. La sentencia fue posteriormente confirmada por la Audiencia, y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación; Don Erasmo, que fue el recurrente en todos los casos, intentó, sin éxito, combatir la cuantificación de la indemnización por el daño sufrido.

Antes de someterse a la intervención que se enjuicia, y a consecuencia de haber sufrido un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de Menorca, Don Erasmo ya presentaba un cuadro de tetraplejia de grado medio-síndrome transversal completo por debajo de C-6 y, además, al quedar inválido de ambas piernas y precisar de por vida silla de ruedas, la situación era de dependencia relativa en cuanto padecía una tetraplejia por lesión medular completa e irreversible a partir de C-6, lo que le obligaba igualmente a necesitar adecuación y adaptación de la vivienda a las nuevas circunstancias. Es decir, la lesión ya existía, por imprudencia de Don Erasmo, y era grave y con evolución desfavorable.

La sentencia de instancia, que fue posteriormente confirmada por la Audiencia y el Supremo, partió de la adecuada praxis del acto médico quirúrgico e hizo descansar la responsabilidad del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, valora tal agravación en función de la ausencia de información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el *quantum* indemnizatorio en la cantidad de 60.101,21 €, por haberse aumentado el grado de invalidez y por el dolor sufrido. Lo que se descarta es que, a partir del reconocimiento de la infracción de la *lex artis ad hoc*, se haga coincidir la indemnización del daño con

la que derivaría de haberse apreciado una mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada.

El recurrente (Don Erasmo) pone en tela de juicio el importe de indemnización, derivado de la falta de adecuada información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía la operación. Pretende el recurrente la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado, como si la culpa del médico hubiese consistido en una impericia técnica al practicar la intervención.

Para determinar el daño indemnizable, recuerda la Sala que tanto la jurisdicción civil como la contencioso-administrativa «se han ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado».

Distingue, seguidamente, la sentencia tres supuestos posibles: 1) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiera variado; en principio, no dan lugar a indemnización, sin perjuicio de que en ciertas circunstancias se pudiese determinar la existencia de un daño moral; 2) Casos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido la de negarse a la intervención; al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado; 3) Cuando no se da incertidumbre causal en los supuestos extremos que se han expuesto, surge la teoría de la pérdida de oportunidad, en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización de un riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud.

A la hora de identificar y cuantificar el daño, el Tribunal Supremo se apoya en la teoría de la pérdida de oportunidad, señalando que «supuso ... una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes». Esas circunstancias concurrentes son: gravedad de la enfermedad,

evolución natural de la misma, necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los que se han materializado, así como estado previo del paciente.

Concorre tanto daño corporal como moral. Respecto al primero, se afirma: «No cabe duda que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar»; respecto del segundo, se indica: «Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejia que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible».

Todas estas circunstancias fueron tomadas en cuenta por la sentencia recurrida, y por ello mismo no da lugar el Supremo al recurso de casación.

Para el Tribunal Supremo, «el daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de la voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar, a causa de la operación quirúrgica se aceleró de forma casi inmediata». Acreditado el daño (que es tanto corporal como moral), resulta aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad (de haberse sustraído a la actuación médica, una vez conocidos sus riesgos) para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria.

4. Consideraciones críticas al criterio jurisprudencial

En la doctrina se alzan voces contrarias a este proceder del Tribunal Supremo y se aboga por una conceptualización autónoma de cada obligación: la de información, por una parte, y la asistencial o de actuar según el estado de la ciencia, por otra¹⁴.

¹⁴ Es decir, la obligación de tratamiento conforme a las *leges artis*. La *lex artis* estaría integrada, *strictu sensu*, por un conjunto de reglas, principios o pautas según el estado de la ciencia o de los avances técnicos. Ahora bien, cada actuación médica debe adaptarse al tipo de procedimiento de que se trate, para lo que se acuña el término *lex artis ad hoc*. Sobre la diferenciación entre *lex artis* y *lex artis ad hoc*, con cita de jurisprudencia, *vid.* MONTSERRAT QUINTANA, A.: «El derecho a la salud y a las prestaciones

Para SANCHEZ GÓMEZ¹⁵ no está justificada la calificación jurisprudencial de la obligación de información como elemento esencial de la *lex artis*, ni como un deber incluido en la prestación principal de asistencia o cuidados médicos: «Con tal proceder, se cae en una conceptualización muy amplia de dicha obligación y de la propia *lex artis*, igual que ocurriría, si, por ejemplo, incluimos en tal concepto la revelación de datos de salud del paciente amparados por el secreto profesional. Es cierto que no informar al paciente debidamente, o revelar sus datos de salud sin justificación alguna comporta una mala praxis médica en sentido amplio. Pero verdad es, también, que la independencia y precisión con que se regula la información en la actualidad, así como su vinculación con el derecho a la autonomía decisoria del paciente en caso de cumplimiento correcto de la misma, avalan, a nuestro entender, la tesis de su consideración como una obligación distinta a la que integra la *lex artis*, *strictu sensu* e independiente de la principal de asistencia. Buena muestra de ello, es la posibilidad de cumplir ésta y la de incumplir, por el contrario, la de información».

sanitarias», en *Nuevos Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, dir. MONTSERRAT QUINTANA, A., Cuadernos de Derecho Judicial VI-2007, Madrid, 2008, pp. 32 y ss.

¹⁵ SÁNCHEZ GOMÉZ, A.: «La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, Diciembre 2014, p. 112.